ENSIMAG 3A

Droit

Cours de Françoise BALDASSARE

Omar MASMOUDI

25/01/2008

Cours de droit de 3ème année à l'ENSIMAG

I. Le contrat

A. Généralité sur les contrats

1. La définition du contrat

Le contrat est régi par les articles 1101 à 1108 du code civil.

Article 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs personnes à donner, faire ou ne pas faire quelque chose. »

Donner : Vient de « dare » en latin, ne veut pas forcément faire un don mais plus généralement, « transmettre quelque chose ».

Un contrat est un acteur de volonté et un créateur d'obligations.

a) Un acteur de volonté

Le contrat est un acte juridique (manifestation de volonté) destiné à produire des effets de droit. On distingue l'acte juridique du fait juridique. Le fait juridique est un évènement volontaire ou non provoquant par lui-même des effets de droit. Il s'agit des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

Délit : Fait illicite, volontaire ou non, engageant la responsabilité de son auteur. Ce sont les sources de la responsabilité civile. Un délit n'est pas forcément une infraction pénale.

Quasi-délit : Responsabilité automatique, la responsabilité du fait des choses. Par exemple, lorsqu'on blesse quelqu'un avec un sol glissant.

Le contrat est un acte juridique bilatéral, il repose en effet sur un accord de volonté intervenu entre deux ou plusieurs personnes. Le contrat s'oppose à l'acte juridique unilatéral mais aussi à l'acte juridique collectif.

(1) L'acte juridique unilatéral

L'acte juridique unilatéral est l'acte juridique qui repose sur la volonté d'une seule personne comme par exemple le testament ou la donation.

(2) L'acte juridique collectif

Il s'agit par exemple des délibérations des assemblées générales, issues d'un vote donc d'un accord de volonté. Il s'agit également des conventions collectives du travail qui s'impose à tous les salariés quand elles sont signées par un syndicat représentatif.

b) Une source d'obligation juridique

Le contrat présente la particularité de donner naissance à la charge des parties, à des obligations dont le principe et le contenu sont sous la dépendance de la volonté des parties. L'obligation juridique inclut un élément de contrainte qui permet aux créanciers de demander aux tribunaux d'ordonner l'exécution ou de sanctionner l'inexécution. De manière générale, le contrat est la loi des parties. La promesse n'est pas un contrat contrairement à un engagement même oral.

2. Classification des contrats

Il y a trois sources de droit : la jurisprudence, la loi, la doctrine.

a) Le contrat de droit public et le contrat de droit privé

Le contrat de droit public est celui passé par une personne morale de droit public mais qui répond au moins à l'un des critères substantiels proposé par le droit administratif.

Ces critères sont :

- La présence dans l'un des contrats de clauses exorbitantes
- La participation du contractant à l'exécution d'un service public

La législation applicable est différente de celle du contrat de droit privé ; c'est la législation concernant le droit administratif.

Le contrat de droit privé est conclu par deux personnes physiques ou morales ou alors un contrat qui ne répond à aucun critères posés par le droit administratif.

Le contrat civil ou commercial est régi par le droit civil avec quelques particularités pour le contrat commercial.

Le contrat de droit civil est le contrat de droit commun (contrat général) conclu entre deux personnes physiques ou morales.

Le contrat de droit commercial est conclu entre deux commerçants, contrat dans l'objet est commercial.

b) Les contrats nommés et innomés

Les contrats nommés sont les contrats ayant reçu une détermination de par la loi (le contrat de crédit, le contrat de travail). Les contrats innomés sont les contrats ne résultant pas d'un texte législatif même s'ils peuvent avoir un nom comme le contrat de déménagement.

c) Les contrats consensuels, solennels et réels

Le contrat consensuel (en France, la majorité des contrats) est le contrat qui se forme par l'accord de volonté. Il n'est pas nécessaire que celui-ci soit écrit, mais ceci peut être gênant pour l'apport de preuve.

Le contrat solennel est celui qui en plus du consentement, nécessite lors de sa formation le respect de certaines formalités comme par exemple la vente d'immeuble.

Le contrat réel (*aucun rapport avec la réalité ; provient du latin « res » signifiant la chose)* nécessite pour sa formation la remise de la chose objet du contrat. Le prêt à usage, le dépôt et le crédit à la consommation sont des contrats réels.

d) Les contrats intuitu personae

Le contrat intuitu personae est conclu en considération de la personne contractante. Ce type de contrat est représenté essentiellement par le contrat de travail ou le contrat médical. Le contrat intuitu personae agit dans un cadre bien défini : il interdit la sous-traitance.

e) Le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion

Le contrat de gré à gré est celui qui est librement négocié entre deux partis d'égale puissance économique.

Le contrat d'adhésion est celui dont le contenu est préétabli et imposé par la partie la plus puissante économiquement.

Le contractant ne peut choisir qu'entre adhérer au contrat ou refuser d'adhérer mais il ne peut le négocier. Le contrat d'adhésion repose sur une offre standardisé, identique pour tous les contrats du même type et susceptible d'être passé par des personnes sur une même période (comme par exemple le contrat d'assurance). Le contrat d'adhésion est considéré comme dangereux pour la personne qui s'engage car elle n'a pas pu le négocier. Le législateur intervient fréquemment pour réglementer les contrats d'adhésion (assurance très réglementée, mentions obligatoires, imposées). Obligation de faire figurer en caractère très apparents certaines clauses du contrat, notamment les exclusions de garantie. En général dans le contrat d'adhésion, lorsqu'il subsiste un doute sur le sens ou la portée de certaines clauses contractuelles, il est interprété systématiquement en faveur de la personne qui s'engage (dans le cas du contrat d'assurance, en faveur de l'assuré).

f) Les contrats synallagmatiques et unilatéraux

Le contrat synallagmatique, appelé également bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Le contrat unilatéral au contraire est caractérisé lorsqu'une ou plusieurs personnes sont engagées envers une ou plusieurs autres sans qu'il n'y ait un engagement de la part de ces dernières. Le contrat de dépôt est un exemple typique de contrat unilatéral.

g) Les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit

Le contrat à titre onéreux est celui dont chacune des parties espère tirer un avantage équivalent.

Le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties motivée par une intention libérale accepte de procurer à l'autre un avantage sans contrepartie. Il faut toujours apporter la preuve d'une intention libérale. Le contrat de prêt est un contrat à titre gratuit contrairement au contrat de crédit.

h) Contrat à exécution instantanée et à exécution successive

Le contrat à exécution instantanée est le contrat qui s'exécute en un trait de temps (en une fois).

Le contrat à exécution successive est le contrat qui s'exécute en plusieurs fois comme le contrat de bail.

Seuls les contrats à exécution instantanée peuvent être résiliés avec rétroactivité. Pour les contrats à exécution successive, la résiliation ne peut se faire que pour le futur.

3. La formation des contrats

Le contrat n'est valablement formé que s'il remplit les conditions de l'article 1108 du code civil. Le contrat doit porter sur un objet certain formant la matière de l'engagement, qu'il ait une cause licite et que les parties aient la capacité de contracter. La partie qui s'oblige doit avoir donné au préalable

son consentement. Le contrat oblige les deux parties à faire ou à ne pas faire quelque chose. Il faut donc qu'un objet certain (matériel ou prestation) forme la matière du contrat. Le contrat sera donc annulé faute d'objet lorsque la chose ou le droit n'ont jamais existé, était détruit ou avait disparu avant la formation du contrat. L'objet doit également être possible sinon le contrat est nul. Un contrat peut tout de même porter sur une chose future comme la vente sur plans pour un bâtiment. L'objet du contrat doit être licite (différent de légal), c'est-à-dire qui ne nuit pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le contrat doit avoir une cause. L'obligation sans cause, ou avec une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. La cause est valable même si elle n'a pas été exprimée (elle est toujours sous-entendue dans le contrat). La cause est définie comme le but immédiat qui a déterminé le contractant à contracter.

4. La capacité de contracter

Une personne doit avoir la capacité juridique pour pouvoir contracter. Toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi.

Ces personnes sont incapables de contracter :

- Les mineurs non émancipés
- Les majeurs protégés : personne qui a fait l'objet d'une mesure de protection par autorité de justice, mesure de tutelle, de curatelle, de sauvegarde de justice, qui est prise lorsque des personnes même majeures sont incapables d'exprimer un consentement valable.

Pour passer des contrats, les mineurs non émancipés et les majeurs protégés doivent passer par un représentant légal. Le représentant légal pour le mineur est le parent, pour le majeur, c'est une personne désignée par le juge des tutelles. Les contrats qui seront passés directement par l'incapable sont nuls et de nul effet. Sont exclus les contrats issus des actes de gestion de la vie courante.

Lorsqu'une personne majeure non protégée contracte alors qu'il est pris d'une aliénation mentale, le contrat peut être rendu nul par le tribunal.

5. Le consentement

Le consentement est la rencontre des volontés qui peut se passer en deux étapes : offre et acceptation. Le consentement suppose la volonté de contracter. Cette volonté se manifeste par une offre de contrat. L'offre de contrat peut également s'appeler pollicitation : suffisamment ferme, non équivoque et précise pour que son acceptation suffise à former le contrat. Si la proposition n'est pas suffisamment claire et précise, on est dans le cadre une invitation au pourparler. L'offre n'est en principe assujettie à aucune forme particulière, elle peut être écrite, verbale ou même tacite.

Il existe des exceptions, la plus importante étant en matière de crédit. Pour les crédits à la consommation, l'offre est soumise à des indications très strictes, des mentions obligatoires prévues par la loi. La rencontre des volontés se compose donc de l'offre de contrat et d'ensuite l'acceptation. L'acceptation comme l'offre doit être ferme, précise et non équivoque. Il n'est pas nécessaire

d'approuver toutes les causes du contrat, il suffit qu'elle porte sur les clauses essentielles du contrat, c'est-à-dire ce qui détermine le consentement. A une exception : si les parties ont convenus de faire d'un élément accessoire une cause essentielle de leur consentement, comme les délais. L'acceptation doit être ferme, non-équivoque et sans réserve. Ce qui compte n'est pas une acceptation mais une nouvelle proposition de contrat. Il ne doit pas seulement exister mais il doit aussi être intègre, il ne doit pas être vicié par un vice de consentement : la violence, le dol et l'erreur.

a) L'erreur

L'erreur est très rarement retenue en tant que vice de consentement parce qu'elle est très strictement définie. Pour que l'erreur vicie le consentement, il faut qu'elle porte sur la substance, c'est-à-dire la matière (au sens matériel ou qualité essentielle de la chose) même de l'engagement. La doctrine a étendue cette notion à l'erreur obstacle. C'est une erreur tellement importante qu'elle a empêchée la rencontre des volontés, ça peut être une erreur sur la nature du contrat. Par exemple, une personne croit acheter une maison, l'autre croit louer.

b) La violence

Le code civil prévoit que la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité même si elle exerçait par un tiers. Pour que la violence soit retenue, il faut qu'elle soit de nature à faire impression à une personne raisonnable et qu'elle inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou alors ses proches à un mal considérable. Ca implique l'utilisation des voies de faits. La crainte d'un procès n'est pas un motif de violence.

c) Le dol

Le dol est une tromperie ou tout autre manœuvre employée pour induire une personne en erreur afin qu'elle contracte. Le dol vicie le consentement par l'erreur qu'il provoque, il est cause de nullité du contrat lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ses manœuvres l'autre partie n'aurait pas contractée. Il ne faut pas confondre le dol et le vice caché, seul le contrat de vente inclut le vice caché, il n'est pas issu d'un comportement frauduleux.

Les manœuvres doivent provenir du contractant, elle ne peut pas venir d'un tiers. Il se peut également que le dol soit constitué par une escroquerie. Le dole peut être aussi constitué par des réticences (réticence dolosive), c'est-à-dire cacher des éléments importants qui, s'ils avaient été connus, le contractant n'aurait pas contracté. Par exemple, le risque d'inondation d'une maison caché à l'acheteur. Le donus-bonus (baratin des vendeurs) n'est pas une cause de nullité des contrats. Il ne faut pas que l'erreur soit invraisemblable. Le dol doit être prouvé, il faut montrer l'existence des manœuvres. La preuve est simplifiée lorsque la personne ayant commis l'erreur volontairement est un professionnel.

B. La force obligatoire des contrats

La force obligatoire des contrats est un principe posé par l'article 1134 du code civil : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, elles ne peuvent être révoquées que par leurs consentements mutuels ; elles doivent être exécutées de bonne foi. L'autre principe issu de la force obligatoire, les conventions obligent non seulement à ce qui a été exprimé mais également à toutes les suites logiques, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, quelque soit sa nature. Le contrat s'impose aux parties comme aux tiers extérieurs au contrat (par exemple le législateur). Il ne peut par contre pas nuire au tiers où avoir des effets sur le tiers, sauf certains cas particuliers : la

représentation, le mandat, la procuration. Dans ces cas, il y a un engagement du tiers. Autres exceptions, le contrat d'assurance peut avoir des conséquences vis-à-vis des tiers ou l'assurance vie dans laquelle on peut prévoir un bénéficiaire au contrat qui percevra la prime au lieu de l'assuré.

En principe, les conventions doivent être exécutées et ne peuvent être modifiées unilatéralement, même si ceci est prévu dans le contrat lorsqu'il s'agit d'un professionnel et d'un consommateur.

C. Le contrat de vente

Le contrat de vente est un contrat très courant, nous allons étudier ses particularités dans le droit français (moins souple que le droit international).

Le contrat de vente est un contrat portant sur une chose et transférant la propriété de cette chose. D'après l'article 482, alinéa 1 du code civil qui définit la vente : « La vente est une convention par laquelle une personne s'oblige à livrer quelque chose et l'autre à la payer ».

1. Les critères du contrat de vente

a) Les transferts de propriété

Le contrat de vente implique le transfert de propriété de la chose vendue. On va distinguer le contrat de vente d'autres contrats comme le contrat de bail qui ne transfert pas la propriété mais l'usage. La vente ne peut porter que sur un bien. Toute vente suppose un bien dont la propriété sera transférée. Le bien figure dans le patrimoine du vendeur et passe dans celui de l'acheteur. Tout contrat ne présentant pas cette caractéristique ne peut pas être qualifié de contrat de vente.

b) Détermination du bien

Une particularité de ce contrat est que la vente ne peut porter que sur un bien déterminé. On va différencier les corps certains et les choses de genre. On parle d'un corps certain lorsque la détermination de la chose est aisée. Elle doit être désignée dans le contrat avec précision, sinon le contrat est nul (en nombre, en quantité…). Pour ce que l'on appelle les choses de genre, celles-ci peuvent être individualisées après la formation du contrat. Après signifie au moment où on définit la chose par des notions de comptage, pesage ou mesurage (Du riz, de l'essence… choses ne pouvant être désignées que par leur genre). La vente peut porter sur des choses futures, comme la vente d'immeubles à construire (vente en l'état de futur achèvement). La chose doit tout de même être déterminable.

c) Le prix

Le prix est un élément essentiel du contrat de vente, il doit être déterminé ou déterminable. Même si elle ne fixe pas le prix, elle peut fixer les conditions de sa détermination. Par exemple il est possible dans certains contrats d'introduire des clauses à dire d'expert. C'est une clause par laquelle les parties laissent un tiers se prononcer sur le prix. Le prix doit également être réel et sérieux. Il ne doit pas être dissimulé, la pratique de contre lettre (dessous de table) est interdite, elle peut impliquer l'annulation du contrat de vente. Le prix doit également être sérieux, sont donc interdites les ventes à prix dérisoire c'est-à-dire les ventes à vils-prix. Le vil-prix est assimilé à une absence de prix.

d) Le transfert des risques

Qu'est-ce qui se passe lorsque la chose est encore entre les mains du vendeur et est détérioré ? En France, on considère que les risques de la chose sont à la charge de l'acheteur dès la conclusion du

contrat, dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix. L'acheteur estime les risques de la chose même si la chose vient à disparaître par cas fortuit, force majeur. On peut tout de même inclure des clauses pour retarder le transfert de propriété.

e) La clause de transfert de propriété

Pratique ancienne qui date du droit Romain. Le transfert de propriété ne se traduit que lorsque le bien est totalement payé. Intéressant pour l'acheteur car il n'a pas les risques et intéressant pour le vendeur car le bien lui appartient toujours.

2. Les obligations du contrat de vente

Le vendeur a deux obligations principales : l'obligation de livrer la chose vendue et celle de garantie.

a) L'obligation de délivrance

Le transfert de propriété s'établit par le transfert matériel et concret de la chose vendue. L'obligation de délivrance oblige le vendeur à délivrer une chose conforme à la chose convenue dans sa qualité, sa quantité et sa forme. L'obligation de délivrance est une obligation de résultat. L'obligation de délivrance. L'obligation tient sur la chose mais également sur les accessoires (carte grise d'un véhicule, manuel d'utilisation…). Sinon on considère que le vendeur n'a pas tenu son obligation de délivrance.

La non-conformité s'entend de deux manières : d'une manière objective (la chose livrée ne correspond pas à ce qui était prévu) mais aussi d'une manière subjective (la chose livrée est inapte à remplir l'usage qui en était attendu). Dès que les non-conformités apparaissent, il faut engager des actions très vite pour que la plainte soit entendue. L'acheteur va pouvoir mettre en œuvre deux types d'action : l'action en délivrance (échange de marchandise, révision…) ou la réfaction du prix (le juge va réduire le prix de la chose vendue en tenant compte de la non-conformité). L'acheteur peut aussi demander la résolution de la vente (annulation du contrat).

b) L'obligation de garantie

Le vendeur doit deux sortes de garantie :

- La garantie d'éviction (substantif d'évincer) : le vendeur doit garantir l'acheteur contre les troubles de droit de ses faits personnels ou de celui des tiers. Cela revient à garantir l'acheteur d'une perte en raison du droit sur la chose que pourrait revendiquer un tiers. Le vendeur ne doit avoir aucun comportement gênant vis-à-vis de l'acheteur (situation de cession de clientèle).
- La garantie des vices cachés : garantie très importante. Elle joue dans tous les cas quel que soit le contexte de la vente. Il doit y avoir un vice, un défaut inhérent à la chose vendue. Ce vice doit avoir une cause interne. Par exemple, un vice résultant de la corrosion de l'eau n'est pas recevable, l'eau étant externe à la chose. Il faut de plus que le vice doit rendre impropre la chose à l'usage à laquelle on la destine, ou diminuer tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou aurait acquis à un prix moindre. Le vice doit être non apparent au moment de la vente, l'appréciation du caractère non apparent se fait au cas par cas. On va avoir un comportement différent si l'acheteur est un professionnel ou un non-professionnel. Il faut également que le vice soit survenu avant la vente. L'action en justice pour le respect de cette garantie doit être faite dans de brefs délais dès la détection du vice (6 mois maximum, passé ce délai, l'action peut être considérée comme tardive). L'acheteur a le choix

entre l'action rédhibitoire (annulation de la vente accompagnée de dommages et intérêts) ou l'action estimatoire (réduction de prix en fonction de la valeur résiduelle de la chose). Si le vendeur est de bonne foi, il devra juste restituer le prix et les divers frais engagés par la vente. Mais s'il est de mauvaise foi, il peut en plus devoir payer des dommages et intérêts. Un vendeur professionnel devra prouver sa bonne foi car il sera supposé de mauvaise foi (il doit se tenir informer, connaître son métier).

D. Le contrat d'entreprise

Situation intermédiaire entre le contrat de travail et le contrat de vente. Il est défini de la manière suivante : « il s'agit d'une convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter pour une autre personne un travail de manière indépendante ». On va désigner par maître d'œuvre la personne qui est responsable de l'ouvrage et maître d'ouvrage celui qui l'exécute. La particularité du contrat d'entreprise est qu'il peut donner lieu à de la sous-traitance. L'entreprise qui est maître de l'ouvrage pourra donc confier le travail à une autre entreprise. C'est le seul contrat qui peut donner lieu à de la sous-traitance.

1. Les caractéristiques de ce contrat

Il est important de distinguer le contrat d'entreprise du contrat de travail. Dans le cadre du contrat de travail, le salarié est sous la subordination de l'employeur ce qui ne doit pas être le cas dans d'un contrat d'entreprise. Le maître de l'ouvrage doit être en situation d'indépendance par rapport à l'entreprise ayant le rôle de maître d'œuvre.

2. La conclusion du contrat

Pour la formation du contrat d'entreprise, l'accord des parties suffit. Contrairement au contrat de vente la détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat, il peut être déterminé ultérieurement à la passation du contrat. En cas de litige, un juge fera appel à un expert pour déterminer le prix. Un simple accord verbal suffit, ce qui est même l'usage. Il est toutefois recommandé d'avoir recours à l'écrit pour mieux estimer le contenu. Le contenu est librement décidé par les parties mais la jurisprudence a ajouté pour les professionnels une obligation de renseignement et de conseil. Vis-à-vis du client, l'entrepreneur est tenu en tant que professionnel de le renseigner sur toutes les conséquences de son choix autant économique que technique et le conseiller sur les choix à faire en vue du résultat visé par le client. Concernant la détermination du prix, on peut le déterminer de deux manières :

- Le forfait : technique la plus utilisée par les parties. Les parties s'entendent dès le départ sur un prix global dès la conclusion du contrat. Ce prix ne pourra plus être modifié sauf accord des deux parties quelque soit la quantité de travaux et le temps nécessaire à la réalisation de l'ouvrage. L'entrepreneur ne pourra pas demander de supplément de prix. Il y a une obligation de l'entrepreneur.
- La rémunération en dépense contrôlée : la rémunération est fixée en fonction de la prestation qui a été exécutée.

E. Le contrat de travail

D'après le code civil, le contrat de travail est caractérisé par le lien de subordination entre un employeur et un employé. La subordination est juridique et économique.

1. Le contrat à durée indéterminée

Aucune forme solennelle n'est exigée, contrairement au contrat à durée déterminée. La liberté contractuelle est limitée par des textes d'ordre public (minimaux) et par la convention collective. Il n'est possible que de déroger dans un sens plus favorable pour l'employé. Des directives européennes conseillent d'avoir recours à l'écrit et demandent que dans les deux mois maximum d'exécution du contrat, un écrit soit remis au salarié. Il doit figurer les éléments essentiels du contrat de travail : rémunération, grade, fonction… Si l'employeur ne précise pas un point dans le contrat de travail, celui-ci sera interprété dans le sens qui favorise l'employé (période d'essai par exemple). La période d'essai peut être prévue par une convention collective. Elle peut être obligatoire ou conseillée ; dans ce dernier cas, elle doit être écrite expressément dans le contrat de travail (sinon pas de période d'essai). Dans le cas où elle est obligatoire, l'employeur doit informer l'employé de la période d'essai. L'embauche se fait généralement en deux phases, la lettre d'embauche (promesse d'embauche) suivi d'un contrat de travail.

Tant sur l'aspect civil que sur l'aspect pénal, l'employé ne peut être tenu responsable de ses actes accomplis pour l'entreprise. Une exception est faite pour les cadres qui font l'objet d'une délégation de pouvoir (direction d'une petite usine par exemple), cette situation nous engage personnellement.

2. Le comité d'entreprise

Le comité d'entreprise intervient pour organiser des activités de la vie d'entreprise mais il doit également être informé préalablement des changements majeurs qui changeront le travail des salariés (conditions matériels de travail, localisation de l'entreprise, horaires de travails…). Le comité d'entreprise donnera alors son avis pour informer l'employeur. Le problème viendra souvent du fait que l'employeur n'informera que peu précisément le comité d'entreprise, ceci peut être la cause d'une poursuite en justice pour entrave. Il est possible de saisir le juge des référés pour faire bloquer les projets. Le juge des référés ne peut pas annuler le projet mais peut ordonner la suspension du projet en cours jusqu'à ce que le comité d'entreprise soit bien informé. Cette procédure est efficace est très rapide. L'avis donné par le comité d'entreprise n'est que consultatif. Attention, le comité d'entreprise n'a cependant aucun pouvoir de négociation, ceci est le rôle du syndicat. Cette situation peut ne pas être pratique : le syndicat négocie mais n'est pas tenu à être informé.

3. Le C.D.D.

Le C.D.D. est un contrat qui a un caractère dérogatoire. Le recours à celui-ci est limité et réglementé.

a) Recours

Une entreprise peut avoir recours au C.D.D. dans les cas suivants : s'il y a une hausse temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise ou alors l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable, par exemple des travaux exceptionnels auxquels l'entreprise ne peut pas faire face avec son personnel compte-tenu des compétences spécifiques qu'ils requièrent. Autre cas possible, l'exécution de commandes exceptionnelle à l'exportation qui nécessite des moyens qualitativement ou quantitativement exorbitants par rapport à ceux qu'utilisent l'entreprise habituellement ; la consultation du C.E. est nécessaire. Il est également possible d'avoir recours au CDD pour des travaux urgents, pour les contrats de formation en alternance ou les contrats de stages. Il est interdit de faire un C.D.D. pour un poste fixe mais il peut être utilisé pour remplacer un salarié absent (non gréviste).

Dans certains secteurs d'activité définis par décret, il est d'usage constant de ne pas recourir au C.D.D comme le déménagement, la restauration ou le spectacle. Pour les travaux saisonniers, on peut également utiliser un C.D.D. Il est toutefois interdit pour les travaux dangereux.

b) Règles de validité

Le C.D.D. doit comporter un terme précis (date de fin), il doit être conclu de date à date. La durée du contrat, renouvellement compris, ne doit pas excéder 18 mois (sauf quelques exceptions). Il doit figurer un terme minimal voire une durée maximum (contrat saisonnier). Le contrat s'achève par l'arrivée du terme ou la réalisation de son objet (retour du salarié par exemple). Contrairement au C.D.I., le formalisme est obligatoire. Il faut que le contrat comporte obligatoirement :

- Son motif, dans le cas d'un remplacement : nom et prénom du salarié remplacé
- La durée minimale du contrat
- La durée de la période d'essai
- Le montant des rémunérations
- Le nom et l'adresse de la caisse de retraite et prévoyance

Le contrat doit être transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours qui suivent l'embauche. La période d'essai est facultative et obligatoirement mentionnée dans le contrat.

c) Le statut du salarié embauché en C.D.D.

Le principe est celui de l'égalité de traitement. Le salarié embauché sous C.D.D. bénéficie des mêmes droits et les mêmes obligations que le salarié recruté sous C.D.I., il permet le même salaire quand il fait l'objet d'un remplacement. Il a droit aux congés payés mais s'il ne peut pas les prendre pendant l'exécution du contrat, il a droit à une indemnité compensatrice de 10% de la rémunération totale qu'il a perçue durant son contrat de travail.

d) La rupture du contrat

Pendant la période d'essai, les parties peuvent mettre fin au contrat à tout moment et sans motifs. Après la période d'essai, le licenciement n'est possible qu'en cas de faute grave ou faute lourde, force majeure… En dehors de ces conditions, si l'employeur rompt le C.D.D. avant son terme, la rupture est dite abusive : l'employeur doit alors payer une indemnité au moins égale aux rémunérations que le salarié aurait perçues en travaillant jusqu'au terme du contrat. Si c'est le salarié qui rompt le C.D.D., il devra verser une indemnité à l'employeur (pas de minimum fixé), de même si le C.D.I. se poursuit en C.D.D. la prime de précarité n'est pas due.

4. Le licenciement

Deux grandes causes sont possibles pour le licenciement dans le cadre du contrat de travail, le motif **personnel** et le motif **économique**.

a) Cause personnelle

(1) Exigence d'une cause réelle et sérieuse

Le licenciement pour cause personnelle est celui qui est prononcé pour un motif inhérent à la personne du salarié. Le code du travail fait qu'il est légitime si la cause est réelle et sérieuse, elle doit reposer sur des faits vérifiables et être suffisamment pertinente pour justifier un licenciement. Il peut être prononcé pour :

- Insuffisance de résultats (non-respect des objectifs, quotas, …)
- Insuffisance professionnelle (compétences)
- Maladies ou insuffisance physiques

Les maladies ne constituent pas en elles-mêmes une cause de licenciement, mais si elle se prolonge et nécessite le remplacement définitif du salarié. Le médecin du travail doit déclarer le salarié inapte au travail.

(2) La procédure de licenciement

Le salarié doit être convoqué à un entretien préalable en recommandé avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge mentionnant la date, le lieu de l'entretien ainsi que la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (ou s'il n'y a pas de liste de personnel dans l'entreprise, par une personne de son choix sur une liste établie par le préfet avec les syndicats de l'entreprise).

Le licenciement est notifié par accusé de réception un jour au moins après l'entretien préalable et au plus tard un an après l'entretien préalable. La lettre de licenciement doit contenir les motifs, seuls ces motifs pourront être reçus devant le juge en cas de passage au tribunal. Si le motif n'est pas assez précis ou pas précisé du tout, le licenciement sera considéré sans cause réelle ou sérieuse.

b) Le licenciement pour cause économique

Un licenciement économique est effectué pour un ou plusieurs motifs non personnels au salarié mais résultant d'une suppression ou transformation d'emplois. Des départs négociés ou volontaires peuvent être considéré comme des licenciements économiques. L'entreprise doit pouvoir justifier d'une situation économique donnant lieu à ces licenciements, la lettre de licenciement doit mettre en évidence ces difficultés économiques. La réorganisation pour augmenter les profits de l'entreprise n'est pas un motif valable de licenciement économique.

II. La cybercriminalité

A. Les différents types d'infractions

1. Les infractions liées aux nouvelles technologies

La loi Godfrain du 5 janvier 1989 prévoit de nouveaux textes insérés dans le code pénal de 1994 et qui crée un certain nombre d'infractions sanctionnant des atteintes au système de traitement automatisé de données. Cette loi a aussi adopté certains textes pour permettre d'intégrer les infractions commises par voies informatiques. Beaucoup d'infractions sont déjà définies mais sont facilités par l'utilisation d'internet : vol, escroquerie, abus de confiance. L'internet est donc simplement un moyen d'exécuter un certains nombres d'infractions qui existent déjà. On a utilisé ce texte pour sanctionner des salariés qui ont utilisés une connexion internet mise à leur disposition pour avoir consulté des sites pornographiques (abus de confiance, détournement du temps dû à l'employeur). Les infractions liées à la protection de la propriété intellectuelle qui permettent de sanctionner l'utilisation, la reproduction, l'exploitation d'un texte, d'un logiciel, d'une musique.

2. L'atteinte au système informatique

C'est premièrement de la sanction de l'accès et du maintien frauduleux : le fait d'accéder frauduleusement à une partie d'un système de traitement automatique de données peut entraîner une peine de 30 ans de prisons et 30000€ d'amende.

- ➔ Suppression de fichiers informatiques
- ➔ Accès aux réseaux wifi

Le caractère intentionnel doit être prouvé.

C'est ensuite l'atteinte à l'intégrité des systèmes : le fait de fausser ou d'entraver le fonctionnement. La peine encourue ne peut pas être de prison mais jusqu'à 70000€ d'amende.

- ➔ Provoquer la saturation d'un site
- ➔ Envoi automatique de messages
- ➔ Utilisation de programme simulant la connexion

Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un Système Automatique de Traitement de Données (SATD) ou de supprimer ou modifier frauduleusement les données. Peine encourue : pas de prison mais jusqu'à 70000€ d'amende. Difficulté de poursuivre liée à la recherche de l'auteur et du caractère volontaire de la fraude.

Le fait d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition sans motif légitime toute donnée conçue ou spécialement adaptée pour commettre une ou plusieurs infractions. Peine encourue : pas de prison mais jusqu'à 70000€ d'amende.

Concernant la cryptologie, la loi sanctionne toute personne physique ou morale qui ne respecte pas les dispositions sur les règles de mises en œuvre, d'acquisition ou de mise à disposition de marque de cryptologie, exporter sans autorisation, ne pas remettre aux autorités judiciaire la convention de chiffrement ayant servie à commettre un crime ou un délit. Peine encourue : pas de prison mais jusqu'à 75000€ d'amende.

3. Association de malfaiteurs

Association de malfaiteurs qui concerne les infractions commises en groupe. La participation à un groupement formé ou une entente en vue de la préparation d'une infraction. Cela peut concerner la transmission de renseignements indispensables à un système d'information.

B. Information par voies de presse

1. Les atteintes à la vie privée / personnalité

L'enregistrement d'images ou de paroles sans le consentement de l'intéressé et le fait de les porter ou de laisser porter ces informations au public.

2. La diffamation et l'injure

Problème dans les forums de discussions. Le propriétaire du site peut être tenu pour responsable

3. La provocation à la discrimination, diffamation et injure raciale

La loi Guessot de 1970 y a ajouté aussi les contestations des crimes contre l'humanité (camps nazis, chambre à gaz)

4. Les infractions résultantes de l'utilisation de fichiers informatiques

C'est le fait de procéder ou de faire procéder des traitements de données à caractère personnel sans avoir l'autorisation, de les publier, de les conserver plus longtemps que ne le prévoit la loi ou de les détourner. De manière générale, porter atteinte à la vie privée.

C. La répression

1. Le problème de l'hébergeur

Sur le plan civil, une loi consacre la responsabilité civile de l'hébergeur qui a la connaissance de fait ou de circonstance. Faisant apparaître le caractère illicite de l'activité et des informations qui ont été stockées à la demande du client. Sur le plan pénal, la loi du 21 juin 2004 qui a consacrée la responsabilité de l'hébergeur plutôt sans le sens de l'exclusion. L'hébergeur ne peut être poursuivi à la raison des informations stockées à la demande d'un client s'il n'a pas connaissance du caractère illégal de l'information.

Par contre, s'il en a connaissance, il doit agir promptement pour retirer l'information et rendre l'accès à l'information impossible. Si ce n'est pas possible, il doit dénoncer l'infraction. La loi prévoit que l'hébergeur est présumé avoir connaissance du caractère illicite dès qu'il a reçu les éléments permettant d'identifier le destinataire, le notifiant, la description des faits litigieux et leur location, le motif pour lesquels le contenu doit être retiré, la copie de la correspondance adressée à l'éditeur de l'information ou activité hébergeuse demandant le retrait de l'information.

Pour le moment, l'hébergeur n'est pas tenu d'une obligation légale de surveillance. Mais elle apparaît en filigrane dans certains crimes ou délits (crimes contre l'humanité, pédophilie infantile, incitation à la haine raciale).